

BREVES APVNTAMIENTOS, DEL DERECHO QVE ASSISTE

à Don Joſeph Domingo Colarte, Cavallero del Orden de Calatrava, vezino de la Ciudad de Cadiz.

EN EL LITIS

CON DOñA MARIA EVGENIA Bevia, vezina de dicha Ciudad, por sì, y como heredera de Doña Juana Thereſa ſu hermana,

SOBRE

QVE SE REVOQVE LA DONACION, QVE DE SVS bienes hizieron à dicho D. Joſeph.



Num. I. N VEINTE DE FEBRERO de 1698. Doña Juana Theresa (que oy es defunta) y Doña Maria Eugenia Bebia su hermana, hazen Donacion intervivos de sus bienes, à Don Joseph Domingo Colarte, Cavallero del Orden de Calatrava, en atencion al mucho afecto, y voluntad que le tenian, y à su familia, de que tenian experiencia, con la obligacion (demàs de la reserva de casa para vivir, agua para su gasto, y vna porcion de 76U241. reales de vellon de principal, en el derecho del primer vno por ciento en la nueva Alcavala, y otras cargas excessivas) de averles de dar 2U500. pesos escudos en cada vn año para sus alimentos, y 6U. pesos por fin, y muerte de cada vna de dichas dos hermanas, para disponer de ellos à su arbitrio, como consta de las Clausulas siguientes.

2. *Y debiendo, como debemos mirar, y atender à nuestra conveniencia, al mismo passo que procuramos manifestar al dicho Don Joseph Domingo Colarte, nuestro buen deseo, y voluntad, reservamos en los frutos, y rentas de las fincas, y possessiones desta Donacion, y quanto en ellos se aumentare, y mejorare (demàs de lo que hasta aqui queda expressado) dos mil y quinientos pesos de à diez reales de plata cada vno, que hemos de percebir, y cobrar en cada vn año, como nuestros proprios, desde el referido dia 20. de Octubre de el año proximo passado de 1697. en adelante, durante la vida de ambas, y de qualquiera de las dos, por muerte de la otra, para nuestros alimentos, curacion de enfermedades, y poder mantenernos, con el porte, y decencia, que nos hemos criado, percibiendolos anticipados el mismo dia 20. de Octubre de cada año successivamente, por medio, y mano del dicho Don Joseph Domingo Colarte, y quien su derecho representare, ò de los inquilinos de dichas possessiones, y fincas, como mas bien nos pareciere, &c.*

3. *Y en caso, que por falta de buena administracion, ò otro accidente, pensado, ò impensado, no fructificaren, ni rindieren en adelante los dichos dos mil, y quinientos pesos escudos cada año, arrendadas por anticipacion; reservamos de conformidad ambas Otorgantes, y qualquiera de las dos que sobreviva à la otra, la libre facultad de revocar esta Donacion, Judicial, ò extrajudicialmente, en qualquiera de las fincas, y bienes raizes de ella à nuestro arbitrio, hasta en la concurrente cantidad, que faltare para el cumplimiento de dichos dos mil, y quinientos pesos escudos de plata, que hemos de gozar, y percebir anticipados cada año efectivamente, para nuestros alimentos, vendiendo las tales fincas, en que assi hizieremos la revocacion, ò lo que de ellas fuere necessario, en mucha, ò poca cantidad, con autoridad Judicial, ò sin ella, para que de su valor quedemos reintegradas de lo que restare à dichos dos mil, y quinientos pesos escudos de plata cada año: Esto, tantas quantas vezes succediere la falta diferida en nuestro juramento, y de qualquiera de las dos relevadas*

das

das de otra prueba; y demàs de la dicha porcion annual, y vitalicia (que solo ha de quedar extinguida por nuestro fallecimiento) reservamos assimismo en el todo de las referidas possessiones, y fincas, sus frutos, y rentas, aumentos, y mejoras, doze mil pesos escudos de à diez reales de plata por vna vez, para testàr, y disponer de ellos libremente à nuestra voluntad, para en fin de nuestros dias, por ser, como son carga ligera de esta Donacion, respecto del crecido valor de las mismas fincas, y possessiones, como es notorio, y de ellas se reconoce con evidencia. La qual reserva de los referidos doze mil pesos escudos de plata por vna vez dexàmos hecha, con la expressa calidad, que si la primera de nos las Otorgantes, à quien Dios llamare testare de por sì, entonces deberàn percebir sus Testamentarios, y herederos, sus seis mil pesos escudos de plata, para el cumplimiento de su disposiciou: Y consiguientemente los otros seis mil, los dè la vltima que falleciere, para cumplir la suya, puntual, y efectivamente, teniendo, como han de tener, y les dexamos concedida à vnos, y à otros Testamentarios, y herederos, la misma libre facultad de poder vender, judicial, ò exrajudicialmente, de lo mejor, y mas bien parado de dichas fincas, y possessiones, lo que de ellas fuere necessario, y mas bien visto les fuere, en mucha, ò poca cantidad à su arbitrio, hasta en lo concurrente à enterarse, y percebir los doze mil pesos escudos de à diez reales de plata cada vno, en la forma arriba prevenida; para todo lo qual expressado en este capitulo, las dexàmos especialmente gravadas, con reservacion de dominio en lo respectivo.

4. *Y le damos poder cumplido, para que en nuestro nombre la insinùe ante la Justicia de esta Ciudad, y pida, como nosotras pedimos, la aya por insinuada, y legitimamente manifestada; apruebe, y interponga en ella su autoridad, y judicial decreto, haziendo en nuestro nombre hasta conseguirlo, las pretensiones, y diligencias que se requieran, con libre, y plena facultad, para que en el todo quede perfecta esta Donacion; dexando, como dexàmos inclusas, y comprehendidas en ella las demàs Clausulas, renunciaciones de leyes, y solemnidades dispuestas por Derecho, para su mayor seguridad, y validacion, sin reservar alguna, à fin de que perpetuamente se guarde, y cumpla su contenido: Y juramos à Dios Nuestro Señor, y su Santissima Cruz, de averla por firme siempre; y tambien de no revocarla, ir, ni dezir contra ella, con titulo, ni pretexto alguno, auuque sea de Derecho, porque lo otorgàmos de nuestra libre voluntad, por las causas, y motivos, que quedan referidos: Y si lo intentaremos, ò qualquiera de las dos, demàs de no ser oydas en juizio, por el mismo hecho, queremos quede aprobada, y ratificada, y de este juramento, no pediremos absolucion, ni relaxacion, y aunque se nos conceda, no vsarèmos de ella en forma alguna; y declaramos, que contra su tenor no tenemos hecha protesta, ni reclamacion, y si en algun tiempo pareciere, desde luego la revocàmos; y damos por de ningun valor, aunque contenga qualesquiera Clausulas derogatorias, y à la firmeza obligamos nuestros bienes, &c.*

5. Cuya Donacion fue aceptada en la forma siguiente: *Y estando presente yo D. Joseph Domingo Colarte, Cavallero del Orden de Calatrava, vezino de esta Ciudad; aviendo, oydo, y entendido esta Donacion, la acepto en todo, y por todo, con las reservas, calidades, y circunstancias en ella expressadas, y doy mis debidas gracias à las dichas Doña Juana Theresa, y Doña Maria Eugenia Bevia, por el beneficio que nos hazen, y à mis herederos; y successores, de que quedo con toda estimacion, y agradecimiento, y ofrezco proceder de modo, que assi se experimente; y desde luego por mi, y en nombre de ellos, consiento, y me allano, à que las susodichas, y por fin de la vida de ambas, sus succes-*

so-

sores, y de qualquiera de las dos; cada vna en su tiempo, libremente de sus reservas para la percepcion de sus respectivas cantidades, segun, y en la forma que queda prevenido; y assi lo otorgamos, &c.

6. En cuya virtud, aviendo sido insinuada, y aprobada, se diò la possession al dicho Don Joseph de todos los bienes donados; y despues por Escriptura de onze de Agosto de 1707. dicha Doña Maria por sì, y como vniversal heredera de Doña Juana su hermana, haziendo relacion de dicha Escriptura de Donacion, dexandola en su fuerça, y vigor, movida del afecto, y voluntad, que siempre ha tenido al dicho Don Joseph, y su Familia, y atendiendo à la estrechèz de los tiempos, ocasionada de las continuas guerras, y à la representacion, que el dicho Don Joseph le avia hecho de sus atrassos, por la misma causa de guerras, por via de gracia, y amistad, tiene à bien, que como posseedor de los bienes donados, execute diferentes capitulos, y entre ellos los siguientes.

7. *Lo primero: Que por quanto el dicho Don Joseph ha debido entregar à la dicha Doña Maria Eugenia Bevia, vn mil pesos escudos de plata, de resto de dichos sus alimentos, de dos años cumplidos en veinte de Octubre del proximo passado de mil setecientos y seis, desde luego la dicha Doña Maria Eugenia, graciosamente, y por las causas arriba expressadas, le remite, y perdona para siempre, quinientos pesos escudos de ellos; con la calidad, que ha de quedar, como se constituye deudor el dicho Don Joseph, de los quinientos restantes, los quales se obliga à tener en su poder, como proprios de la dicha Doña Maria Eugenia, para darselos juntos, ò en partes, conforme convenga à la dicha Doña Maria, y por la susodicha se le pidan, que serà quando los aya menester.*

8. *Que desde el dia veinte de Octubre deste presente año de mil setecientos y siete, que el dicho Don Joseph debia dar à la dicha Doña Maria Eugenia, dos mil, y quinientos pesos escudos de plata en cada vn año para sus alimentos, en conformidad de la reserva hecha en dicha Donacion, tiene à bien, y se contenta conque el entrego sea solo de dos mil pesos escudos de plata annuales, porque de los quinientos restantes, le haze gracia, y remission, por el tiempo, y con las calidades, que abaxo se referiràn.*

9. *Que los doze mil pesos escudos, reservados para testar, quedan con permiso de la dicha Doña Maria Eugenia Bevia, en poder, y à cargo del dicho Don Joseph Domingo Colarte, con las mismas calidades prevenidas en dicha Donacion, sin que por esto quede la susodicha prohibida, de poderle pedir los seis mil de ellos, quando le convenga, y en este intermedio detenerlos en su poder el dicho Don Joseph, ofrece, y se obliga voluntariamente el susodicho, à abonar, y dar à la dicha Doña Maria Eugenia, por via de mora, del tiempo que ha dilatado, y dilatare el entrego de los dichos seis mil pesos escudos, à razon de quatro por ciento al año, desde primero de Mayo de este de setecientos y siete en adelante, fin de cada vno, como se fueren cumpliendo, llanamente, sin embarazo, ni dilacion alguna.*

10. Y à causa de suponerse por Doña Maria, aver faltado Don Jpseph à entregar diferentes porciones de los referidos alimentos (demàs de aver seguido pleyto executivo, y conseguido el pago de todo lo que se le estaba debiendo) le puso demanda sobre la revocacion en el todo, y sin limitacion alguna de dicha Donacion, por lo que tocaba à sì, y como heredera de dicha su hermana:

Cuyo juizio seguido ante la Justicia de dicha Ciudad, y concluso, se pronunciò sentencia, en que se declarò por revocada dicha Donacion, en quanto à la mitad de los bienes, pertenecientes à la Doña Maria, condenando à Don Joseph, à que dentro de nueve dias se los bolviesse, y restituyesse con sus frutos, desde la contestacion, y no aver lugar la revocacion, en quanto à la otra mitad, perteneciente à Doña Juana Theresa de cuya sentencia se apelò por ambas partes, y traidos à esta Corte los Autos, se pretende por la dicha Doña Maria, la revocacion absoluta de dicha Donacion, y por el Don Joseph la denegacion de ella, y subsistencia, y validacion.

11. Y aunque ante dicha Justicia, se opusieron diferentes excepciones, para fundar la de Don Joseph, como impertinentes se omiten, y solo se reducirà su defensa à dos Discursos, de los quales el primero probarà, no poder pretender la Doña Maria, como heredera de su hermana, revocar la Donacion por su parte, ni tener accion para ello, aunque huviesse cometidose por el Don Joseph, ingratitud contra dicha Defunta: Manifestando el segundo, no tener dicha accion tampoco por sì, ni averse cometido ingratitud alguna, que pueda motivar dicha revocacion.

DISCVRSO I.

12. DE la contextura, y palabras de la Escriptura de Donacion se viene à reconocer con toda claridad, que es de las que el Dereeho llama intervivos, irrevocable, y perfecta, pues en essa forma lo expressaron las Donantes, con todas las circunstancias, y requisitos, que el Derecho dispone: *Iuxta leg.* 1. *& fere per totum tit. ff. & C. de Donat. leg.* 1. *tit.* 4. *part.* 5. de quo late Anton. Gomez, *tom.* 2. *Variar. cap.* 4. *num.* 1. Dom. Castill. *lib.* 3. *Controver. cap.* 10. *per totum.* Siendo de aquellas, de que dixo el Emperador Justiniano en el §. *Aliæ autem instit. de Donat. Quæ si fuerint perfectæ temere revocari non possunt. Perficiuntur autem, cum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit.* Et ibi Dom. Pichard. *à num.* 1. Alvarez Pegas *Resolut. Forens. cap.* 4. *à num.* 128.

13. Vna vez la pudieron otorgar de su libre voluntad, como lo hizieron, y tuvieron arbitrio para ello; mas despues por ningun pretexto, ni causa alguna les es licito el revocarla: *vt inquit text. in leg. Velles, C. de revocand. donat.: & fere per totum titulum, leg. Sicut initio* 5. *C. de Action. & Obligat.* ni valerse de motivos, aunque paliados, con alguna apariencia de justificacion, *non quibusdam excogitatis artibus suum propositum defraudare tantamque indevotionem quibus-*

busdam quasi legitimis, vel amentis protegere, dixo la *leg. Siquis argentum, §. fin. C. de Donat.*

14. Dos perfecciones tienen las Donaciones intervivos: Vna, que les dà el consentimiento del Donante: Otra, que les dà la entrega. Es principio sentado, quanto conocido en la materia, *§. perficiuntur ut suprà*, ibi: *Perficiuntur autem cum donator suam voluntatem scriptis, aut sin scriptis manifestaverit, & ad exemplum venditionis nostra constitutio etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, vt etiam si non tradantur habeant plenissimum, & perfectum robur, & traditionis necessitas incumbat donatori.* Hermos. *ad leg. 4. tit. 4. part. 5. num. 2.* vbi plurimi. Y estas dos perfecciones tuvo esta Donacion manifiestas en la Escriptura, con la clausula de constituto.

15. Fue perfecta tambien; porque si para su perfeccion necessita de estàr aceptada, Hermos. cum pluribus, *in dict. l. 4. num. 18.* estàmos fuera de question; porque aviendo sido aceptada por Don Joseph, se sigue, que desde el instante que se hizo, fue perfecta. A la perfeccion se sigue la irrevocabilidad, cerrando la puerta à la libertad del Donante, para mudar de parecer. Es principio que todos saben, *§. Aliæ instit. de Donat.* ibi: *Quæ si perfectæ sint temerè revocari non possunt.* De donde resulta, que estas Donaciones siendo perfectas, son tan incapazes de revocabilidad, como los demàs contratos: Jul. Clar. *Sentent. lib. 3. §. Donatio, quæst. 1. num. 3.* ibi: *Sicut cæteri contractus nominati non possunt per penitentiam revocari, ita etiam donatio est de sui natura irrevocabilis, & in quo penitentia non admittitur.* Y no bastarà qualquiera argumento, ò sofisteria de Derecho; pues es necessaria clara decision de ley; que contra quien se funda en la regla, ha de aver excepcion. Roman. *cons. 171. sub tit. 7.* ibi: *Regulam habeo quod contractus ipse donationis donatione perfecta irrevocabilis est, qui ergo dicere vult hoc casu effici revocabilem det mihi legem probantem cum in dubio regulæ standum sit, leg. 1. ff. de testibus, leg. mutus, ff. de Procurat.*

16. No solo no se darà ley, que pruebe en contrario, pero quantas tratan de pretensas revocabilidades, conspiran en reprehensiones contra tales intentos: porque en la *ley 4. C. de Revocand. donat.* pretendia vna muger revocar vna Donacion, con vn titulo, que pintaba tan de justicia, como dezir, necessitaba de los bienes donados, para pagar sus acreedores, no fue admitida su pretension, ni la de otra muger, que siendo en su sexo tan natural, el inclinarse à hazer Donaciones, como facil al arrepentimiento, le tuvo de vna que avia hecho, que es la especie del texto, en la *ley 1. C. eod.* Y à otra se le diò en cara con su veleidad, sin atender à los pretextos que siempre buscan, paliados con visos de piedad; que es la especie de la *leg. Velles 6. C. eod. tit.* y ya dexàmos dicho, la severidad conque el Emperador Justiniano, nota, y amenaza los que intentan semejantes revocaciones.

17. Y al fin, establecen la irrevocabilidad en las Donaciones perfectas todo el *tit. C. de Revocand. donat. text. in cap. dilectus, §. Attendentes de Donat. text. in cap. Verùm de condit. apposit.* y las Leyes Reales, *lib. 3. tit. 12. Fori, leg. 8. tit. 4. part. 5. leg. 7. tit. 10. lib. 8. Recop.* Y por no detenernos en tan claro principio, sea por todos los Canonistas, Gonz. *in Comment. ad text. in cap. 10. de Donat. num. 1. vbi*

alia

alia iura commemorat. y los D.D. todos, que en vna pluma juntò Castillo, à la *leg. perfecta donatio, C. de Donat. quæ sub modo in lib. 3. quotid. cap. 10. per totum*, que afirman la conclusion; de que à la perfeccion de la Donacion, se sigue por qualidad intrinseca, y natural, la irrevocabilidad.

18. Presintiendo Doña Maria, y sus Patronos, por no poder negar à lo hasta aqui explicado, recurre al medio de la revocacion, queriendo acreditarla, y fundamentarla en ingratitud, en que supone, aver incurrido Don Joseph contra su hermana defunta; y aunque se fatigue el discurso, no se comprehende, donde tenga subsistencia en este caso dicha ingratitud.

19. Las causas desta, son las que nota el Emperador, el Rey, y el Romano Pontifice en los textos, en la *ley vltima, C. de Revocand, donat. leg. penultima, tit. 4. partit. 5.* y el texto *in cap. propter 9. de Donat.* que se reducen *à injuria grave de palabra, ò de manos, acusacion Criminal, de que pueda resultar pena de muerte, ò de infamia, ò gran perdida de hazienda*: y niuguna destas causas ha avido en este caso, ni menos se han alegado, ni pudieran con verdad.

20. Solo se pudiera recurrir de contrario, y se pudiera fomentar dicha ingratitud (si lo fuera, como à baxo se desvanecerà) quando Don Joseph huviesse denegado los alimentos, ò huviesse faltado à alguna de las condiciones de la Donacion; pero lo que toca à dicha Doña Juana, de quien vamos hablando, no solo no faltò à vno, ò otro; antes sì, lo contrario consta de los Autos.

21. Que no faltasse por lo que toca à los 2U500. pesos de alimentos, que estaba obligado à dar en cada vn año: Por la segunda Escriptura consta, estàr, y tenerlos pagados, hasta el año de 1707. y aviendo muerto la dicha Doña Juana el año de 705. se evidencia, que no solo al tiempo de su muerte, sino dos años despues, satisfizo Don Joseph los alimentos, y cumpliò con la obligacion que tenia; de que dimana, no aver podido tener motivo la dicha Doña Juana en su vida para quexarse; pues no huvo ni ingratitud, ni defecto de implemento, y consiguientemente, no tenerlo tompoco sus herederos, para deducir esta accion, como despues se evidenciarà.

22. Menos se puede dezir, averse cometido ingratitud, en no aver entregado los 6U. pesos à que estaba obligado, por muerte de dicha Doña Juana; pues en ello no ha avido mora, ni dilacion alguna dolosa de parte de Don Joseph, y no aviendola, cessa el origen de que nazca la ingratitud.

23. No es otra cosa la mora, *que vna injusta dilacion, causada dolosamente por el deudor, dexando de pagar à el plazo señalado, lo que debe à su acreedor.* Cujac. *in leg. 23. de Verbor. Obligat. in princip.* Donel *in Comm. iur. Civil. lib. 13. cap. 2.* Leotar. *de Vsur. quæst. 81. num. 3.* y la dividen los A. A. principalmente, en *irregular*, à quien llaman *ex re*, y en *regular vel ex persona.*

44. La *irregular vel ex re*, se causa por la indebida retencion de alguna alhaja, que dolosamente se detenga: v. g. la cosa hurtada, la qual por sì sola, sin otra interpelacion, constituye en mo-

mora al deudor: ò por no cumplir, hecho à que por razon de proprio oficio, estè alguno obligado: *leg. 23. §. 1. ff. de Vsuris, & ibi Gloss. litt. B.* Forcatul. *de Mora, part. 1. num. 6. & 8.* Ioan. Saporit. *cap. 1. num. 18.* Gubert. *cap. 3. num. 9.* Rodrig. *de Ann. Reddit. lib. 3. quæst. 7. num. 63.* Menoch. *de Arbitrar. cas. 220. num. 6.* Leotard. vbi supr. *num. 6.* La regular *vel ex persona* (que es la que se querrà adaptar al caso presente) se origina de no pagar el deudor, despues que su acreedor le ha interpelado para ello: *Loco, & tempore opportuno, leg. 32. ff. de Vsur.* ibi: *Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona si interpellatus opportuno loco non solverit.* Leotard. vbi supr. *num. 7.*

25. Y si discurrimos en qual de estas especies ha incurrido Don Joseph, para que por esta razon se le quiera considerar moroso, y consiguientemente ingrato; hallarèmos, que en ninguna de ellas.

26. No en la irregular *vel ex re*; porque no puede darse en vna Escriptura de Donacion, que es la de este caso, ni tampoco en la regular *vel ex persona*; porque no ha avido dolosa dilacion (que es su essencia) ni interpelaciones de la Doña Maria: *Loco tempore opportuno*, como eran precisas; mayormente, no pudiendose llamar defecto de implemento de condicion, sino de modo, que es vna de las diferencias constitutivas, que ay del modo, à la condicion; como lo notò Antunez, *de Donat. lib. 1. prælud. 2. §. 1. num. 39.* con otros muchos que cita en el *num. 118.*

27. Y aunque se quiera dezir (sin perjuizio de la verdad) que no son menester estas interpelaciones, donde ay plazo señalado para la paga, porque èl mismo està interpellando, sin necessitarse de otra alguna diligencia: *Leg. pecuniæ, §. Vsurar. ff. de Vsur. leg. 35. ff. de Fideicom.* Leotard. *quæst. 81. ex num. 26.* Antun. *dict. loc. tit. 117. & 119.* Y sabiendo Don Joseph, que por muerte de Doña Juana, avia de entregar los seis mil pesos lo debiò executar; por cuya razon no le fue preciso à Doña Maria pedirlos, para constituirle en mora.

28. Sin embargo, Don Joseph no ha incurrido: Lo primero, por la espera voluntaria, que por cobrar sus interesses le concediò: ibi: *Que los 12ʯ. pesos reservados para restar, quedan con permiso de la dicha Doña Maria, en poder, y à cargo del dicho Don Joseph,* ibi: *Sin que por esto quede la susodicha prohibida de poderle pedir los 6ʯ. de ellos quando le convenga.* De que se convence, que no solo no le interpelò, ni pudo aver mora, sino que dilatò, y alargò el plazo de la paga (seguridad, que le pudo descuydar.)

29. En cuyos terminos, ni ay mora (como và dicho) ni la puede pretender Doña Maria; ò ya la considere regular *vel ex persona*, ò irregular *vel ex re*; ò ya le concediesse los plazos, *abinitio* de su cumplimiento, ò despues; porque de su consentimiento retenia Don Joseph dicha cantidad, y no le causaba daño, antes sì conveniencia; y assi, no estaba de su parte la dilacion: *ex leg. lecta, ff. si cert. pet. leg. 8. §. illud. ff. de liber. legit.* Leotard. *quæst. 86. n. 32.* ibi: *Quam ob rem generalitèr, & simplicitèr constituendum esse videtur si creditor sivè abinitio contractus, sivè posteà dilationem concedat, vel prorroguet debitori hoc*

 di-

dilationis tempus; liberum esse ab vsuris, & eo quod interst ; & accessionibus alijs, quæ propter moram non solventium infliguntur.

30. Luego, si Doña Maria consintiò voluntariamente à la espera de dicha cantidad, permitiendo quedasse en poder de Don Joseph, hasta que llegasse el caso de pedirselos, no aviendolo executado hasta aora, ni interpeladolo judicialmente ; se estraña, por donde lo quiera constituir moroso, ni llamar ingrato, quando si fue vno, y otro, fue ella quien diò la causa, con dicha permission, y espera voluntaria, por lo que si ay culpa, à sì misma se la debe imputar.

31. Lo segundo; porque por dicha espera, se hizo para Don Joseph el dia de la obligacion incierto, por averse puesto en arbitrio de Doña Maria, ibi: *Sin que por esto quede la susodicha prohibida de poderle pedir los 6ꝟ. de ellos, quando le convenga.* Y en este caso fue, y es precisa la interpelacion, para que Don Joseph se constituyesse moroso. Antun. *de Donat. lib. 1. prælud. 2. §. 1. num. 119. deinde tùnc interpellatio* (và hablando sobre el constitutivo de morosidad) *erit necessaria quando dies obligationis fuerit incerta* : Thuscus, *Verb. interpellatio conclus.* 315. *num.* 16. Mantic. *de Tacit. & Amb. lib.* 14. *tit.* 34. *num.* 5. Anton. Gabr. *lib.* 3. *Comm. tit. de Solut. conclus.* 9. *num.* 32. Cyriac. *Controvers.* 103. *num.* 20. & 22. Anton. Amat. *Resol.*49. *num.* 19. Y no como quiera, sino que fuesse interpelado congruo: *loco, & tempore*; porque de otra suerte, no seria suficiente para constituirle en mora. Antun. cum plurim. *dict. loc. num.* 118. Conque no aviendo Doña Maria pedido estos 6ꝟ. pesos, ni interpelado à Don Joseph por ellos, queda exclussa de la accion de morosidad ; y consiguientemente de ingratitud, y antes se manifiesta lo contrario ; pues ha exigido los interesses dellos ; con lo que se convence aver sido esta retardacion suya, interès proprio, y que por ella nunca los ha pedido, y ser notorio absurdo intentàr perjudicar à tercero, con lo que ha sido commodidad suya.

32. Y aunque caso negado quisieramos considerarle à Don Joseph (que no se concede, ni puede) moroso, y que no huviera la segunda Escriptura, ni su permission, y dilacion de plazo, solo lo contemplariamos tal, en lo que toca à los dichos 6ꝟ. pesos, y no en mas; y en este caso, solo le competeria à Doña Maria accion (que no tiene, como immediatamente se verà) para revocar la Donacion, hasta en la cantidad referida, y no en mas : La razon de esto, y su prueba, consta de la misma Clausula de la Escriptura de Donacion, ibi: *Y les dexàmos concedida à vnos, y otros Testamentarios, y herederos, la misma libre facultad de poder vender, judicial, ò extrajudicialmente, de lo mejor, y mas bien parado de dichas fincas, y possessiones, lo què de ellas fuere necessario, y mas bien visto les fuere, en mucha, ò poca cantidad à su arbitrio, hasta en lo concurrente, à enterarse, y percebir los dichos* 12ꝟ. *pesos, en la forma arriba expressada; para todo lo qual expressado en este capitulo, las dexàmos especialmente gravadas, con reservacion de dominio en lo respectivo.* Conque el intentar la revocacion absoluta de toda la Donacion, y no de lo respectivo, esto es de los 6ꝟ. pesos, demàs de querer intentàr accion, que no tiene, es oponerse à lo mismo à que se obli-

gò,

gò, viniendo contra ello, y executando vna voluntaria, y notoria transfgresion del contrato, queriendo dar aentender se cumple con la formalidad de las palabras; siendo assi, que solo es oposicion conocida à la voluntad, y constancia del contrato, como lo dixo Caramuel, *in Dialexi de non certitudine, artic. 2. in fine certum est quod is committit in contractum qui contractus verba complectens contra contrahentium nititur voluntatem*, y la *ley non dubium Cod. de legib. in Cod. Theodosiam, tit. 4. Non dubium est in legem committere eum qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem. Nec pœnas legis insertas evitabit, qui se contra iuris sententiam, sola prærrogativa verborum fraudulenter excusat:* Mendoza, *de Pactis, lib. 1. cap. 4. n.* 38. Y porque sobre este assumpto, hemos de hablar en el siguiente Discurso, num. omitimos la detencion.

33. Pero no podemos dexàr de advertir, y confirmar esta misma oposicion, y contrariedad (que es interès, y conveniencia en perjuizio de tercero) atendiendo à que la ingratitud se quiere inferir de no aver entregado los 6ụ. pesos, y al mismo tiempo, se le ha exigido, y cobrado los 1ụ880. pesos, por razon de interesses de su ~~Donacion~~ demora, que consintiò la Doña Maria, à quien se le podia preguntar si queria contemplar à Don Joseph ingrato, ò no? Si ingrato, por donde los interesses? Pues reportaria dos conveniencias: La vna, la percepcion de estas; y la otra, la revocacion, lo que no puede ser; pues ninguno debe sufrir dos penas por vn delito. Si no: y quiere, como lo ha executado, la percepcion de los interesses: por donde la revocacion? Pero recurrirà à lo articulado en la 7. pregunta de defecto de inteligencia, y poca comprehension; y si este efugio sea admisible, se dexa al prudente arbitrio de los Señores Juezes.

34. Todo el anhelo de la contraria, es el persuadir, que Don Joseph, no ha cumplido con lo que era de su obligacion, para de aqui inferir lo ingrato con Doña Juana Theresa, y respecto de permitirlo la justicia, que à Don Joseph assiste, para que se quieten, sin perjuizio de la verdad, le hemos de conceder el defecto de implemento, y constituirlo en los terminos de ingrato; pero todavia, aun con esta circunstancia, no tiene accion la Doña Maria, como heredera de su hermana, para revocar la Donacion, por lo que toca à la parte de esta.

35. Disputan los A.A. si el derecho, y accion de revocar la Donacion, por causa de ingratitud, passe, y se transmita à los herederos; y si consultàmos la *leg. 10. tit. 4. partit. 5.* hallarèmos expressa decision à favor de la opinion negativa, ibi: *Estas razones de desconocencia, que dezimos en esta ley, puedelas poner, è razonar, aquel que fizo la Donacion; è si èl se callare ende en su vida sus herederos, non la pueden retratar, nin querellar despues.* Concuerda con esta decision, la de la *leg. fin. §. Hoc tamen, C. de Revoc. donat. Hoc tamen vsque ad primas personas tantummodo stare censemus nulla licentia concedenda donatoris successoribus huiusmodi, quæ rimoniarum primordium instituere. Etenim si ipse qui hoc passus est tacuerit silentium cuius maneat semper, & non à posteritate eius successori concedatur, vel adversus eum qui ingratus esse dicitur, vel adversus eius successores: Leg. 1. in fine. Hoc tamen ius stabit inter ipsos tantum qui liberalitatem*

de-

dederint cæterum neque filij eorum, neque successores, ad hoc benefitium pertinebunt, neque enim fas est vllo modo inquietare donationes quas is qui donaverat in diem vitæ suæ non retractavit: *leg.* 7. §. *Cæterum, eod. tit.* y la de la *leg.* 30. *C. de Inoffic. testam.* y el *cap. fin. extra de Donat.*

36. Y parece, que la razon, y causa porque no pueda passar esta accion, procede de que como tenga origen de la voluntad, y animo del Donador, ò Testador, y esta consista en la manifestacion, y declaracion, que es lo que el heredero, y successor no puede hazer, porque el derecho de declarar, tampoco es transmisible à los herederos: *ex leg. Si ita legatum, §. illi si volet, ff. de leg.* 1. *leg. Vnum ex famil. §. rogo, ff. de leg.* 2. Dom. Olea, *tit.* 4. *quæst.* 7. *n.* 25. De aì es, no poder passar, ni tranmitirsele esta accion, y derecho de revocar; en cuya razon fundado el señor Olea, es de esta opinion en el lugar referido, citando por sì à Hermosilla, Barbosa, Donello, Costa, Hodierna, y Cyriaco, en los lugares que expressa, donde estos citan otros, y demàs llevan lo mismo Aceved. *in leg.* 2. *tit.* 1. *lib.* 2. *num.* 2. Acosta *de Privil. reg.* 1. *ampl.* 9. *num.* 30. Angulo, *leg.* 1. *Gloss.* 9. *num.* 13.

37. Y si seguimos la limitacion, y distincion, que hazen los A.A. hallarèmos no ser comprehensiva alguna de sus partes del caso presente; pues reduciendose esta, à que si el Donante ignorò la causa de la ingratitud, ò si la supo, no tuvo tiempo para deducirla, que en vno, y otro caso, se transmite la accion de revocar. Aceved. vbi supr. *Sublimitando tamen declarationem hanc, vt procedat quotiescumque donator ipse scivit ingratitudinem, & habuit tempus revocandi donationem, & non revocavit nam tùnc hæredibus eius, non competit ius revocandi eam, hæc est enim solida, & verà doctrina, quod si donator potuit revocare donationem, & sciens non revocavit censetur in eadem per durare voluntate, &c. Secus verò si ignoravit, vel non habuit tempus revocandi quoniam tùnc hæredes ipsius donatoris revocare poterunt secundum.* Cinum, *in leg.* 1. *ad fin. C. de Revocand. don.* Et Fabrum, *in §. Sciendum instit. de Don.* Et Gregor. *in leg.* 10. *tit.* 4. *partit.* 5. communis secundum Ripam, *in leg. fin. num.* 205. *C. de Revoc. don.* No se encontrarà, se pueda verificar en el caso presente; pues aviendo Don Joseph satisfecho puntualmente los alimentos, y su cantidad, no pudo llegar el caso de la ciencia de la ingratitud; y caso negado, que la huviera avido, no aviendola manifestado en su testamento, fue visto averla remitido, manteniendo su voluntad de la subsistencia de la Donacion, y que no lo pudo ignorar; pues era quien percebia las porciones, que remitia Don Joseph.



DIS-



DISCVRSO II.

38. *Tacere vltra non opportet ne iam non veracundia sed diffidentia esse incipiat quod tacemus, & dum criminationes falsas contemnimus refutare, videamur crimen agnoscere.* D. Cyprian. *lib. ad Demetr*, & D. Ambros. *Serm. 40. de Acus. Domini ad Pilatum taciturnitas interdum pro consensu habetur videtur enim confirmare quod obijcitur* pudiera con razon dezir D. Joseh, por las repetidas calumnias que se le han imputado, por lo que le ha obligado no dexàr passar en silencio lo menos veridico de ellas; porque no parezca, que omitiendo la satisfaccion, consiente las imposturas de *homicida*, *injusto detentor defectuoso en el cumplimiento de sus obligaciones*, y otras, que constan de los Autos, para que se vea, no aver avido fundamento en que se afiancen.

39. Estas parece proceden, de no aver entregado algunas porciones de los alimentos annuales; y si los motivos, assi juridicos, como racionales se atienden con reflexa, se hallarà clara demonstracion de lo contrario: y para que mas bien se perciban, atendàmos la obligacion de Don Joseph.

40. Esta, como consta de la Clausula de la segunda Escriptura, quedò reducida desde el año de 707. à contribuir anualmente con 2U. pesos, por razon de dichos alimentos, hasta el año de 1713. y de alli en adelante à los 2U500. como antecedentemente; conque no aviendo pagado Don Joseph cantidad alguna, hasta el año de 15. serà deudor de todo este tiempo, y agregandole los 500. que se expressan en dicha Escriptura, los seis mil, que debiò entregar por muerte de dicha Doña Juana, y 1U880. por interesses de ellos, resultàra deudor de mas de 27U. pesos.

41. Pero no se le ha pedido, ni executado por esta cantidad, porque no la debe, sino solo por 16U500. pesos, de los quales, para llegar al conocimiento de lo que ha faltado de entregar Don Joseph, se han de rebaxar los 500. qorque estos eran resto de los alimentos del año antecedente à la segunda Escriptura, y quedaron en poder de Don Joseph, con consentimiento de Doña Maria, al tiempo de la eficiencia de la dicha Escriptura, como consta del primer capitulo de ella. Los 6U. por ser los que debiò entregar por muerte de Doña Juana Theresa, que tambien con el mismo consentimiento, quedaron en su poder, como consta del tercer capitulo de dicha segunda Escriptura, y los 1U880. que por razon de interesses se obligò à pagar, como se manifiesta del mismo capitulo, cuy as

partidas componen la de 8ʒ380. que reſtados de los 16ʒ500. (quando confeſſemos ſea cierta eſta cantidad, ſin perjuizio de lo alegado, y expreſſado en el Juizio executivo) reſulta deudor de ſolos 8ʒ120. por razon de los años que ha debido entregar.

42. Y ſi atendèmos al recibo, que eſtà al *fol. 64. B.* hallarèmos no ſer tampoco deudor de dicha cantidad, por expreſsàr en èl, recibe 50. *por cuenta de los* 500. *que es cada tercio*, manifeſtando otra baxa, que deſpues de la ſegunda Eſcriptura hizo à Don Joſeph, de 500. peſos en cada vn año, por las miſmas razones de la primera, dexando reducidos los alimentos à 1ʒ500. peſos en cada vn año.

43. Pero como quiera que ſe conſidere aver faltado Don Joſeph, ya ſea al entrego de los 8ʒ120. peſos, ya ſea à menos, no por eſto ha incurrido en ingratitud contra Doña Maria, y por ello no tiene accion para intentàr la revocacion, que ha pretendido.

44. Ya queda dicho, que no puede dicha ingratitud en el caſo deſte litis provenir de otro motivo, que del defecto de entrego de los alimentos, como tambien, el que para que eſta mora perjudique à Don Joſeph, era preciſo fueſſe doloſa, que es lo eſſencial de ella; conque faltando eſte dolo, ceſſa abſolutamente la razon conſtitutiva de la moroſidad.

45. Tres requiſitos previene Antun. *de Donat. lib.* 1. *præl ud.* 2. §. 1. *num.* 117. ſe neceſsitan, para conſtituir à vno moroſo: que ſepa que es deudor, que pueda pagar, y que aya interpelacion; y aunque ſe conceda la ciencia, y que en eſte caſo no ſe neceſsite interpelacion, por lo que expreſſa en el num. 119. ſin embargo, faltando el ſegundo requiſito, que es el de la poteſtad, ſe excluye por conſiguiente la mora.

46. Y que en eſte caſo aya avido impoſsibilidad, y que eſta no aya provenido por culpa de Don Joſeph, lo acredita la practica injuria de los tiempos, ſu calamidad, las guerras tan continuas, que ſe han experimentado, origen de tan gran deſcaecimiento en los caudales, motivos todos, que ſe llevan la atencion, para la exoneracion de qualquier omiſsion (ſi la huviera avido) y aſsi lo conociò la contraria, y tuvo preſente, quando en la ſegunda Eſcriptura hizo la primera baxa, para que (demàs del afecto) dà por motivo lo referido, ibi: *Atendiendo à la eſtrechèz de los tiempos, ocaſionada de las continuas guerras.* Circunſtancia, que demàs deſto, ſe acredita con lo articulado, y probado (fuera de ſer publico, y notorio en Cadiz) en la 5. pregunta; en que conſta, que deſde que ſe principiaron las guerras, deſcaecieron las caſas, y ſus frutos vn 60. por 100. ſucediendo lo miſmo con la Caſeria de la Isla; pues por la falta del comercio, y no venir Navios, ni ſe hazian aguadas, que es el principal vtenſilio de ella, ni menos ſe arrendaron los Almazenes; y componiendoſe la Donacion de dicha Caſeria, y dos caſas tan ſolamente en Cadiz, y no de mucho valor, en aver pagado à la contraria mas de 1ʒ.ps. en cada vn año (deſpues del de 7.) tener reparadas las poſſeſsiones, y ſatisfecho los decurſos de los cenſos, que importan

tan en cada vn año, despues de la baxa ; cerca de quinientos ducados. ha executado Don Joseph quanto ha estado de su parte, para cumplir con su obligacion.

47. Mayormente, si se atiende à que por que no le faltasse à la contraria los alimentos, por no fructificarlo los bienes, no solo lo suplia de su caudal proprio, que tenia en la Compañia, sino despues lo tomò à interesses de 10. por 100. sugetandose à esta perdida en perjuizio suyo, y tan conocido, porque no experimentasse esta falta, y dexando tambien de vtilizarse, de lo que este dinero le podia vtilizar, en sus traficos, y comercios, como consta de lo articulado, y probado à la 3. y 4. pregunta, experimentando dos perjuizios: el vno de los interesses que pagaba, y el otro de lo que dexaba de adquirir; y si esto es no querer cumplir, considerelo el mas prudente sin velo de passion, y inferirà, que la poca falta que ha avido, se ha originado de la imposibilidad, y no de la voluntad, ò dolo, con cuya exclussion de intervencion, se destruye la presumpcion de morosidad: vt probat. Antun. *loc. supr. cit.*

48. En este supuesto, y diferencia, que ay de provenir el defecto de cumplimiento de impossibilidad, y no de voluntad, parece no pueden obstàr los textos, que de contrario se querràn oponer de las *leyes 1. C. de Donat. quæ sub mod.* y la *vlt. C. de Revoc. don.* (porque la *l. penult. tit. 4. part. 5.* no habla en terminos de pactos no cumplidos) pues atendidas sus especies, y razones decisivas de revocacion, se hallarà ser por no averse querido cumplir las condiciones por el Donatario; en cuyo caso, por castigo de esta nolencia, se le dà facultad al Donante para revocarla, lo que no sucediera, si fuera por impossibilidad. Esta razon se halla textual en las mismas palabras, ibi: *Eo quod legi obtemperare noluerit*, ibi: *Quas donationis acceptor spopondit minimè implere voluerit*. Donde el Emperador vsa de los verbos *voluerit, y noluerit*, que explican vn animo fixo, y defecto claro de voluntad: Luego si en el caso presente tal no ha intervenido, antes sì lo contrario, que es el aver hecho Dòn Joseph quanto ha estado de su parte, para cumplir, nos hallàmos fuera de los terminos comprehensivos de dichos textos, y que sus decissiones, no pueden obstàr en el presente litis.

49. Demàs, que la razon porque en dichaas leyes difiriò el Emperador à la revocacion, fue, porque las Donaciones de que se habla en ambos textos, fueron de todos los bienes; y à si quedaron los Donantes sin algunos para su manutencion, y sin recurso alguno. Noguer. *Allèg. iur. 6. num. 84. secundo quia ingratitudo, quæ incurritur ab alimenta non præstita iuxta terminos, leg. 1. C. de Donat. quæ sub mod. & leg. fin. C. de Revoc. don. procedit quando donatio est omnium bonorum, ex qua donator remanet absque patrimonio*: Vt post alios tradit Sard. *de Alim. tit. 1. quæst. 48. num. 7. Intrigliol. lib. 3. singul. 87. n. 10.* Pero en este caso no fue de todos los bienes, sino con reservacion de mas de los 12ꝟ. y 2ꝟ500. pesos escudos, y sin aver incluido en la Donacion bienes algunos muebles, ni plata labrada, con la de casa en que vivir, y sus Accessorias que arrendar (que fructifican bien, por el sitio) la porcion de 76ꝟ241. reales de vellon en el derecho

del primero vno por ciento de nueva Alcavala; cuyos reditos (no con respecto al principal, sino con mas aumento) se cobran efectivamente de las Arcas de dicha Aduana, y agua para el gasto (y aun sin ser para èl, sino para repartir) de su casa, que no es pequeño renglon en Cadiz. Con cuyas reservas, aun quando Don Joseph huviesse en el todo faltado à los 2500. pesos, es visto ser suposicion, el defecto de alimentos, que se ha afectado; pues con dichas reservas, no se puede dudar ha tenido lo bastante, para la manutencion correspondiente, à vna señora de su ancianidad, y estado de donzella, en quien fueran muy dignas de notar superfluidades.

50. Y siendo tan bastantes estas reservas, es otro motivo, que desvanece las hambres que se suponen, y la ingratitud que de ellas se quiere inferir; pues en ella no se incurre, toda la vez que el Donador tiene de que mantenerse de otra alguna parte, como lo respondiò en semejante caso Noguer. vbi supr. num 83. de opinion de los mismos, *tertio quia ingratitudo etiam non incurritur quando donator aliunde habuit alimenta.* Surd. *dict. quæst.* 48. *num.* 15. Intrigl. *dict. sing.* 87. *num.* 12.

51. Mayormente, si atendèmos à los efectos, y obras, y no à las palabras, hallarèmos ser supuesta dicha necessidad; pues si la tuviera, y estuviera empeñada para mantenerse, no huviera en el pleyto executivo, elegido el camino para el pago de la adjudicacion in solutum, que no es dinero, sino el de la venta; ni huviera despues de dicha adjudicacion, podido aumentar nuevamente Coche, y otros gastos, quando à los frutos de la Caseria que se adjudicò, no se puede dar por motivo de ellos; pues en vn año, que por su cuenta, y riesgo ha estado en administracion, no solo no ha vtilizado, sino que el Administrador, alcança en bastante porcion à dicha administracion, como consta de los Autos.

52. Pero para mayor exclussion de la intencion contraria, y manifestacion de la ninguna accion revocatoria, que en este caso le compete, es preciso llegar à reconocer la especie de esta Donacion. Muchas son las que de ella ay, y constan de los titulos del Digesto, y Codigo, Leyes Reales, y Autores, y con especialidad se pueden ver en Antun. *de Donat. lib.* 1. *prælud.* 2. à §. 1. *vsque ad* 7. Y registradas todas con la debida atencion, parece hallarse comprehendida esta, y ser Donacion de las que llamamos sub modo, cuya prueba de esto, es la *l.* 6. *tit.* 4. *part.* 5. que pone el caso presente, y dize: *E qualquier Donacion de las que son dichas en esta ley, dizen en Latin sub modo, que quier tanto dezir en Romance, como donadio fecho so otra manera.*

53. Confirmase este asserto, con la definicion del modo que trae Antun. *vbi supr. prælud* 2. §. 1. de doctrina de Bartulo, Gomez, y Parladorio: *Modus est moderatio quædam dispositioni adiecta agravans eum qui honoratur in tempus dispositionis perfectæ.* Y mas claro para nuestro intento, desde el numero 23. desde donde dà principio à assignar las razones de diferencia que ay, entre el modo, y la condicion, y con gran distincion, y claridad las và poniendo, siendo

to-

todas convincentes de nuestro asserto, como se pueden ver, que su explicacion se omite por la brevedad.

54. Probado, pues, ser esta Donacion modal, ò *sub modo*, solo le compete à Doña Maria vna de dos acciones, en caso de que Don Joseph falte à lo que està obligado, ò la de revocar la Donacion (si por otras circunstancias, como abaxo se verà, no estuviera imposibilitada de hazerlo en este caso) ò la de que Don Joseph cumpla con su obligacion, pero no vna, y otra: dizelo, y enseñalo asi la *dict. leg. 6. tit. 4. part. 5.* ibi: *E por ende dezimos, que si aquel que recibiere la Donacion en la manera sobredicha, cumple la convenencia, ò la postura; ò faze aquello porque ge lo dieron, vale el donadio en todas guisas. E si non lo cumple, ò non lo faze bien, puede apremiarle, que cumpla lo que prometiò de fazer, ò que desampare la Donacion que le fizo.* Donde es de notar la letra *O.* que en Latin corresponde à *aut*, que es disiunctiva, y denotativa de poderse executar vna de dos cosas entre que se pone y no ambas, *l. 124. de Vb. sig.* Y aviendo en este caso Doña Maria vsado, y intentado la accion del apremio, para la exacciõ de lo q̃ se le estaba debiendo, y en su virtud cobradolo, es visto no tener accion para intentàr la revocacion; pues por el mismo hecho del vso de la vna, renunciò la otra, y el querer exercitarlas ambas, es oponerse à expressa decision de ley, ibi: *Bien puede apremiarle que cumpla*, que fue lo que hizo, *ò que desampare la Donacion*, que es lo que ya no puede.

55. (Sin que obste, si se quisiere dezir, concederle la misma ley en el siguiente §. facultad de revocar, ibi: *Si aquel que recibe asi el donadio, cumple aquello porque ge lo dieron, vale la Donacion, è si non lo cumple, bien lo puede revocar.* A que se responde lo primero, que esta revocacion, es privilegio especial concedido à lo destinado para que estaba aquello à que se obligò, que era para sacar Cautivos, ò otra causa pia, lo que no ay en este caso, ibi: *Porque de los frutos que saliessen de ella, diesse cosa cierta à algunos omes, para govierno, ò para sacar Cativos, ò para otra razon semejante de estas.* Lo segundo, porque este §. no es correctorio del antecedente; pues para que lo fuesse, era preciso lo dixesse especificamente, lo que no se puede dezir, por ser casos distintos vnos de otros.)

56. Y asi, imputese asimisma, ò à sus Patronos, el aver vsado de la accion del apremio, si le es perjudicial, y no la de la revocacion, si le era conveniente; pues suya fue la eleccion de vna, ò otra: vti Greg. Lop. *sup. dict. leg. Verb. desampare est ergo in electione eius qui dedit ob aliquam causam finalem vel agere ad implementum modi, vt hic, & in leg. Legem. C. eod. & in leg. si donat. C. de Contrahend. Empt. vel agere condictione ob causam ad recuperandum donata sub modo: vt hic & in leg. 1. vbi Gloss. C. de Donat. quæ sub mod. &c.*

57. Mas bien se percebirà esta doctrina, si se atiende; que este modo en la Donacion modal, ò *sub modo*, se puede, y debe considerar, puesto en la disposicion de vna de tres maneras, ò modos, ò que provenga de vna de tres causas, ò tres circunstancias. El primero, como causa final de la disposicion, que es quando se pone en ella, atendiendo el disponente solamente à su vtilidad, y con

E res-

respecto à su conveniencia: *leg. 1. & 2. C. de his quæ sub mod.* y otras, y AA. que cita Antun. *vbi supr. num.* 5. *Primo prout importat causam finalem quod plerumque fit quoties modus appositus in dispositione continet vtilitatem testatoris, vel donatoris, &c.*

58. El segundo, como causa impulsiva, que se considera toda la vez, que demàs de la vtilidad de el Donador, se expressa otra alguna causa en la Donacion, que a ella dè motivo: *Leg. cum his* 32. §. *Si in ea, ff. de condit. in deb.* & aliæ ab Antun. *vbi sup. num.* 6. *Secundo prout modus importat causam impulsivam, quæ consideratur quotiescumque præter vtilitatem testatoris, vel tertij, aliqua alia causa exprimitur in donatione, vel legato principalitèr.*

59. Y el tercero, quando el modo se pone, no por razon de obligacion, ò carga; sino por consejo: Idem Antun. *vbi supr. num.* 8. *Tertio tandem modus dicitur adiectus non ratione oneris, sed consilij: veluti quando actus geritur, & aliquid præcipitur fieri in vtilitatem tantum donatarij gerentis: quia tunc solum inducitur consilium.*

60. Estas tres diferencias, ò consideraciones, de modo obran, y causan distintos efectos; porque faltandose à su observancia en la primera especie, falta tambien lo donado, ò dexado, y queda sugeto à revocacion: Antun. *vbi supr. num.* 10. faltandose en el segundo, no se revoca el Legado, ò Donacion, sino que se obliga, y compele al Legatario, ò Donatario, à que precisamente cumpla, y haga aquello à que està obligado. Id Antun. *num.* 7. y no cumpliendose en el tercero, ni se obliga al Donatario, ò Legatario à que lo cumpla, ni tampoco se revoca la Donacion, ò Legado: Id. Antun. *vbi supr. num.* 8.

61. Veàmos qual destos modos, ò su consideracion, es la de el caso desta Donacion: no la primera; porque no contiene, ni contuvo solamente (como instantaneamente se dirà) vtilidad de las Donantes. No la tercera; porque en este caso, no fueron las reservas por modo de consejo: conque vendrà à ser la del segundo modo, ò especie. Y la razon de ello es clara; porque si el segundo modo se considera (como dexàmos dicho) toda la vez, que demàs de la vtilidad del Donante, se especifica otra alguna causa en la Donacion.

62. Esto se practica en este caso, y consta de la misma Escriptura; pues demàs de las reservas, que las Donantes para su vtilidad hizieron, especifican otras causas que tienen, para hazer dicha Donacion, ibi: *En agradecimiento, y correspondencia del afecto, y voluntad, que ha tenido, y tiene à nuestra Familia, considerandola como suya, en cariño, y atencion, como lo hemos experimentado, y otras prendas, &c*, ibi: *Y debiendo, como debemos mirar, y atender à nuestra conveniencia, al mismo passo, que procuràmos manifestar al dicho Don Joseph, nuestro buen deseo, y voluntad, &c.* ibi: *Porque la otorgàmos de nuestra libre voluntad, por las causas, y motivos, que quedan referidos.* Y en la segunda Escriptura, ibi: *Movida la dicha Doña Maria, del afecto, y voluntad, que siempre ha tenido al dicho Don Joseph, y su Familia.*

63. Conque es claro, que por la qualidad de la misma Donacion, està imposibilitada Doña Maria, de pretender la revoca-

vocacion de toda ella. por tener solo accion, en caso de aver faltado Don Joseph, para pretender cumpliesse lo que estaba à su cargo, como lo executò, exigiendole en el pleyto executivo, la cantidad de que era deudor, y aviendolo hecho, vsò de la accion que le competia; pero en solicitar dicha revocacion, intenta accion, que no tiene, ni el Derecho le concede.

64. Corroborase mas la carencia de dicha accion (sin perjuizio de lo hasta aqui dicho, ni oponernos à ello) si se atiende à que dicha Donacion, se debe tambien, y puede considerar remuneratoria, de que es bnena prueba las palabras, que en el num. 62. dexàmos referidas, y constan de la Escriptura, por no ser otra cosa esta Donacion remuneratoria, que la que se haze por algunos beneficios recebidos, ò que se esperan recebir, como lo prueba Antun. *lib. 1. prælud 2. num. 36.* y aunque algunos AA. quieren, que para la subsistencia, y valor de ella, sean tàles los beneficios, ò servicios, que produzcan accion, sin embargo, la contraria opinion, que no requiere esta qualidad, es la mas probable, y verdadera. Antun. *vbi supr. num. 33. At tamen verior est traditio adversus*, Pinellum *donationem remuneratoriam dici quæ fit propter merita etiam non inducentia civilem actionem*: Vt optimè tradit Cæsar, *de Grassis, decis. 2. de Donat. num. 18. fol 226.* Gratian. *cap. 386. num. 13.* Mantic. *lib. 13. tit. 15. num. 16. & leg. 21. tit. 4. n. 7.* Sanchez *de Matrim. lib. 6. disp. 6. n. 2.* Ioan. Garcia, *de Donat. Remuner. num. 1.* Menoch. *lib. 4. præsumpt. 167. num. 31.* Iul. Clar. *in §. Donat. quæst. 3.* Escob. *de Rat. cap. 24. num. 31.* Capic. *consultat. 38. num. 22. & decis. 199. n. 39.* Solorç. *de Iur. Indiar. lib. 2. cap. 10. num. 63. 64. &c.*

65. No siendo necessario tampoco, el que dichos meritos, ò servicios se justifiquen, y prueben por el Donatario; pues basta que consten de la confession, ò assercion del mismo Donante (quando no es la Donacion entre personas prohibidas de donar, como no lo han sido en este caso) pues con ella tiene lo suficiente, para su validacion, y firmeza. Iul. Clar. *vbi supr. num. 2. Sed hic occurrit pulchra quæstio an scilicet talis donatio, quæ fit propter merita valeat etiam si de ipsis meritis aliter quam per assertionem donantis non appareat. Resp. quod sic: neque est necesse ad ipsius validitatem, quod merita ipso probentur, &c.*

66. Ni tampoco es preciso, que estos meritos, ò servicios, que motiven la Donacion, equivalgan à ella; porque esto se entiende solo, quando es hecha la Donacion, ò se haze entre personas prohibidas. Iul. Clar. *vbi supr. num. 3. §. Sed nunquid, &c.* ibi: *Intellige quando fit inter personas prohibitas*, y no quando entre personas no prohibidas.

67. Conque aviendo en este caso assercion, y confession, en la primera, y segunda Escriptura de las Donantes, de los meritos de Don Joseph, y demàs constando de los Autos la remission de los 2U500. pesos, y otros meritos, y servicios, es visto ser esta Donacion remuneratoria de dichos meritos, que manifestaron al tiempo de dicha Donacion.

68. Lo que no admite duda, si se atiende à que la causa

ſa final de dicha Donacion, fueron dichos meritos, y no otra; y la razon conſiſte, en que primero expreſſaron ſer eſta la cauſa porque la executaban, ibi: *Y aviendo hecho eleccion para ello de Don Joſeph Domingo Colarte, en agradecimiento, y correſpondencia, &c.*

69. Y deſpues paſſaron à las reſervas, ibi: *Y debiendo, como debemos atender à nueſtra conveniencia, al miſmo paſſo que procuràmos manifeſtar al dicho Don Joſeph, nueſtro buen deſeo, y voluntad, &c.* Por cuya razon, ſiendo prohemial la eſpecificacion referida, fue aquella, y no la ſubſiguiente, la cauſa final que moviò la diſpoſicion: *Leg. final, ff. de hæred. inſtit.* Barboſ. *tract. Var. tract. de Axiom. iur. Axiom.* 192. *n.* 1. plures referens Alvarez, *de Axiom. iur.* Et Dueñas, Additionat. eius, *litt. P. num.* 197. 198. 199.

70. Y por eſta razon de ſer Donacion remuneratoria, no eſtà ſugeta à revocacion, ni tiene accion para ella Doña Maria, aunque Don Joſeph huvieſſe faltado doloſamente, y huvieſſe cometido ingratitud; porque por eſta no ſe revoca ſemejante Donacion. Antun. *vbi ſup. n.* 39. *Remuneratoria autem donatio irrevocabilis eſt, ita vt neque per ſupervenientiam filiorum revocetur.* Tiraquel. Phæb. Barboſ. Sanch. Mantic. Card. Molin. Gutierr. Caſtill. in locis quos citat. & alij quam plurimi, *quos brevitatis cauſa omitimus.*

71. Sin que pueda deſvanecerſe lo referido, con lo que ſe articulò en la tercera pregunta del interrogatorio contrario (antes sì, vn teſtigo depone *contra producentem*, expreſſando la remiſſin de los 2U500. peſos en agradecimiento de dicha Donacion) pues es oponerſe à lo miſmo que tenia manifeſtado geminadamente; y ſi eſtas confeſsiones, y manifeſtacion, ſe huvieran tenido preſentes, no ſe huviera formado tal pregunta, y ſe huviera evitado la opoſicion que ſe encuentra, à la que ſon adaptables las palabras, que dexàmos referidas ſupr. num.

72. No tiene tan limitadas Don Joſeph las ſendas de ſu juſticia, que ſe vea preciſado, aun quando lo haſta aqui dicho no fuera tan cierto, y tan adaptable, à reſtringirſe à ello; pues dando, y no concediendo la inſubſiſtencia de ſu ſolidèz, todavia ſe manifieſta ſu juſticia, y derecho, ſin recurrir à otro medio, por la miſma Eſcriptura de Donacion, y con ſus miſmas, Clauſulas.

73. Es ſin diſputa, que al tiempo de dicha Donacion, pudieron las Donantes poner todas las reſervas, y condiciones, que tuvieran por convenientes, y tambien las Clauſulas, y firmezas, para la ocurrencia de caſos; pero eſto no lo executaron, y ſolo lo que reſervaron fue, la poteſtad para executar la revocacion en las cantidades que faltaſſe à entregar Don Joſeph, limitadamente; aſsi conſta con claridad de las miſmas palabras, ibi: *Reſervàmos de conformidad ambas Otorgantes, y qualquiera de las dos, la libre facultad de revocar eſta Donacion, Judicial, ò extrajudicialmente, en qualquiera de las fincas à nueſtro arbitrio, haſta en la concurrente cantidad, que faltare para el cumplimiento de dichos 2U500. peſos, que hemos de gozar, &c.* Y mas abaxo: *Eſto, tantas quantas vezes ſucediere la falta.* Y deſpues, hablando de la reſerva, y facultad que dexan à ſus Albaçeas, acreditan lo miſmo, ibi: *Poder vender, Judicial, ò extrajudicialmente, de lo mas bien parado de dichas fincas,*

lo

lo que de ellas fuere necessario, en mucha, ò poca cantidad à su arbitrio, hasta en lo concurrente, para todo lo qual las dexàmos especialmente gravadas, con reservacion de dominio en lo respectivo.

73. Este modo de hablar, y reservar facultad, acredita no poderse revocar la Donacion absolutamente, porque no av. tal reservacion, antes sì expressamente se obligaron à lo contrario; conque aunque por derecho tuviesse la contraria facultad para la pretensa revocacion, fue visto averla renunciado; pues no admite composicion el reservar solo falcultad, para revocar limitadamente; esto es, hasta en lo que faltasse Don Joseph à entregar, y intentar aora la revocacion absoluta, por resultar de ello manifiesta incompatibilidad, porque entre pactos incompatibles, la especificacion de vno, induce, y obra renunciacion, y exclusion de otro: *Leg. Similiter, §. fin. ff. de eo quod met. caus. leg. hæc. verba, ff. de Verb. Signif.* Conque aviendo contentadose las Donantes, con la reserva solo de la revocacion, hasta en la cantidad que se les faltasse, fue visto renunciar la absoluta, y omnimoda de toda la Donacion.

74. Mas bien se confirma dicha exclusion de revocacion absoluta, y acredita este concepto, si atendèmos à la Clausula de revocacion, ibi: *Y tambien de no revocarla, ir, ni dezir contra ella, con titulo, ni pretexto alguno, aunque sea de derecho.* La que aunque no tuviera otra, era bastante para darle firmeza à la Donacion, y que quedasse irrevocable: *Vt in leg. vbi ita donatur, ff. de donat. caus. mort.* y en terminos de clara especificacion, y manifestacion de voluntad, como en este caso la *leg. 8. C. de novat.* ibi: *Nisi specialitèr remisserint quidem priorem obligationem, & hoc expresserint quod secundam magis pro anterioribus elegerint.*

75. Pues aunque tuviessen, como dexàmos dicho, las Donantes facultad para la revocacion, la Clausula de no executarlo mas que hasta en la concurrente cantidad, y la posterior de no revocarla por pretexto alguno, aunque fuesse de derecho, obrò expressa renunciacion de ley, y revocacion, como en la especie de dicha *l. vbi ita donatur*, lo explica Roxas, *de Incomp. part. 1. cap. 3. à n. 28.* Pues siendo la especie la de vna Donacion causa mortis, que es de su naturaleza revocable, por la Clausula de no revocar, se hizo irrevocable, y passò à ser Donacion intervivos: y dà la razon; porque como la Donacion causa mortis, es incompatible con el pacto de revocar, y este pacto obre irrevocabilidad, como repugnantes, y incompatibles, no pueden estàr juntos, y assi la posicion de vno es exclusion de el otro. Son sus palabras: *Nam cum donatio causa mortis, sit incompatibilis cum tali pacto, vel clausula, vt nullo casu revocetur, quia donatio causa mortis revocabilis est vsquead extremum vitæ exitum, & talis clausula de non revocando operetur irrevocabilitatem sequitur, quod tanquam repugnantes simul stare non possint, & quod ad positionem vnius sequatur alterius destructio ac proinde, quod ex irrevocabilitate quam vult donator inducatur renuntiatio facultatis revocandi.* Y en el num. 26. *Quod talè pactum aut clausula de non revocando operetur expressam renuntiationem legis, &c.* Y por fin, desde el num. 22. hasta el 31. donde con autoridades, y remissiones exorna difusamente esta materia.

76. Y que este pacto de no revocar obre los mismos efectos, que la renunciacion expressa de facultad que se tenga para ello, por la incompatibilidad de vno con otro; y que esto se manifieste de la voluntad (y aun conjectura) del disponente, lo prueban los Add. al señor Molin. *lib. 4. n. 78. 79.* con la pluralidad de AA. que trae: Luego si en este caso nos hallàmos primero con vna voluntad clara, determinada, y geminada, de no revocar la Donacion ni quererlo mas que hasta en la concurrente cantidad, que faltasse à los 2U500. pesos, para lo qual se dexan gravadas las possessiones, solamente en lo respectivo à este defecto, y despues con expression manifiesta de no revocarla por pretexto alguno, aunque sea de derecho, intentando aora la absoluta revocacion, resultan dos incompatibilidades, y contrariedades: La vna, con la Clausula que limita la revocacion, hasta la concurrente cantidad; y la otra, con la que excluye esta revocacion, por pretexto alguno que sea de derecho.

77. Confirmandose mas esto, si se atiende à que aunque sea destinada dicha porcion para alimentos, para que se intentasse por su defecto la absoluta revocacion, era preciso huviesse en este caso expressa Clausula de revocacion; como de sentir de la Rota lo dixo Noguer. *Alleg. 6. n. 81. Et vt in his terminis* (va hablando de alimentos) *resolveretur donatio, necessaria erat clausula resolutionis contractus, in defectum præstationis alimentorum, vt in specie,* tradit Rota, apud Farinat, *decis. 869. n. 2. in 9. Centurijs, seu 4. part. diversorum.* Conque concurre, que siendo la Donacion contracto nominado, Antun. *lib. 1. prælud. 1. n. 36.* no se rescinde, ni revoca por defecto de implemento, sino se pretende su cumplimiento: Id. Noguer. *vbi supr. n. 75.*

78. Y aunque se quisiera dezir, por averse llamado à este defecto de implemento, que ha procedido de impossibilidad, ingratitud, y por ello no estàr comprehendida en la revocacion, ni en la renunciacion que se hizo, sin embargo, siendo dicha renunciacion, y sus palabras tan amplias, y generales, es lo contrario lo mas cierto, y que en ellas se renunciò dicho defecto (aunque se le dè otro nombre) Fontanel. *de Pact. nupt. claus. 4. Gloss. 28. p. 1. n. 39. Qui per tàm ampla, & generalia verba post enumerationem posita voluit omnen omninò comprehendere casum, propter quem donationis revocatio fieri alias valeret, quod nisi ita dictum fuisset contingere procul dubio ex varijs figuris causarum potuisset.*

79. Tambien se querrà dezir, de autoridad de Gutierrez, *de Iuram. confirm. p. 1. cap. 10. à num. 5.* que dicha Clausula de revocacion, por ser puesta de estilo de Escrivanos, no puede obrar efecto alguno, y que por ello, quedando subsistente qualquiera causa de revocacion, le queda tambien la accion à Doña Maria, para vsar de ella, y aver introducido este litis.

80. La replica fuera de especial atencion por la Autoridad en que se funda, si no tuviera prevenida la solucion, en el juramento conque se halla assistida la Clausula de revocacion, ibi: *Y juramos à Dios N. Señor, y su Santissima Cruz, de averla por firme siempre, y tambien de no revocarla, ir, ni dezir contra ella, &c.*

81. El mismo Gutierrez, desde el num. 6. disputa, si no

va-

valiendo la dicha Clausula por la razon expressada. si à ella se llegue juramento si sin embargo dèl, cometiendose causa de ingratitud, se podrà revocar la Donacion, y aviendo puesto las opiniones negativa, y afirmativa, resuelve à favor de la negativa, ibi: *Sed his non obstantibus opinio præcedens*, Ioan. Andr. *Scilicet quod prædictum pactum firmetur iuramento, est verior, & tenenda in iudicando, & consulendo: per text. in dict. capit quemadmodum in dict.* vers. *illud, &c.* Ni le podrà dar fuerça alguna, el averse obtenido relaxacion, y absoluciõ del juramento hecho de contrario; porque sin embargo de èl, queda la Donacion en su fuerça, y vigor, y incapaz de revocarse, como si tal absolucion no se huviera obtenido; porque esta no quita la fuerça, y validacion, que por el juramento se le adquiriò à la disposicion, ò acto, sino tan solo el que el que contraviene à ella, no caiga en la pena de perjuro: Id. Gutierr. vbi supr. ibi: *Adeò vt concessa etiam absolutione iuramenti ad effectum agendi, sivè excipiendi, remaneat ad huc actus validus, & roboratus ac si prædicta absolutio concessa non fuisset: quæ tantum operatur n cõtraveniens incidat in per iuiriũ, non verò tollit vires attributas actui per iuraementum*: Vt latè dixi in mea repetit Authent. *Sactamenta puberum, n.20. & 24. & sequent. Cod. si ad* vers. *Vendit.*

82. Y demàs de los AA. que expressa, son desta opinion Hermos. *in Gloss. 7. l. 10. tit. 4. p. 5. n. 2.* con otros AA. que cita, y Fontanell. *de Pact. nupt. claus. 4. Gloss. 28. p. 1. à num. 41.* Assi en quanto à la firmeza de la Donacion, como en quanto à no obrar efecto alguno la absolucion.

83. Y aunque el Molina, *de Contract. disp. 281. num. 6.* parece es en quien la contraria puede fundar su intencion, por llevar no deberse observar el juramento, por averse hecho el Donatario indigno por la ingratitud, y que por ello los Juezes, assi Eclesiasticos, como seculares, pueden en pena de dicha ingratitud, relaxar el juramento, y hecha, pueden licitamente intentàr la revocacion de la Donacion; sin embargo no deberà prebalecer la opinion de vn Autor, y no de nuestra facultad legal, à las de tantos, que de ella dexàmos citados: demàs, que teniendo presente su autoridad Fontanel. *in loc. supr. cit. n. 43.* dize estas palabras: *Ego nihil dico pro nunc sed solum quod video repugnare id receptissimæ, & communissimæ Doctorum opinioni quæ est provaliditate.* Conque siendo sin disputa, ni oposicion de AA. la opinion negativa, es claro, que aviendo intervenido en este caso la Clausula de no revocar, con el juramento que à ella se llegò, aunque por faltar Don Joseph sin culpa suya à lo que debia cumplir, se le quiera constituir en ingratitud; y que con efecto la huviesse cometido, no por esso se puede pretender la revocacion, antes sì se debe su denegacion, por lo justo de la pretension de Don Joseph: *quoties vox est iusta poscentium non decet esse difficilè beneficium*, ex Casiod. *Var. lib. 1. cap. 14.*

84. De todo lo dicho se infiere, que siendo dicha Donacion en su principio irrevocable, y perfecta: aceptada: insinuada: y aprehendida su possession: no aviendo Don Joseph cometido ingratitud contra las Donantes: por no aver faltado à los alimentos, mientras viviò Doña Juana: ni tampoco aver tenido morosidad, por

lo

lo que toca à los 6ʒ. pesos: por averſele concedido eſpera: y por ello averſe hecho el dia incierto: y no aver avido interpelacion: no aver podido paſſar la accion revocatoria à Doña Maria,como heredera de ſu hermana: por no averſe podido tranſmitir la accion: aver prevenido el defecto de implemento de impoſsibilidad: y no de voluntad: no aviendo ſido la Donacion de todos los bienes: teniendo baſtantes reſervas: ſiendo eſta Donacion modal: no compitiendole accion mas que para el implemento: aviendo ſido el modo impulſivo: ſiendo tambien Donacion remuneratoria: no ſugeta por ello à revocacion: conteniendo reſervacion limitada haſta el defecto: y demàs abſoluta renunciacion: no teniendo Clauſula expreſſa de revocacion en defecto de alimentos: con renunciacion amplia: y general: en que ſe comprehende la ingratitud: aviendo intervenido juramento para la validacion: y no obſtando ſu relaxacion, ſe debe declarar no tener accion la dicha Doña Maria, para la pretenſa revocacion de la referida Donacion, ſino que eſta deba ſubſiſtir en ſu mayor validacion, y firmeza, ſegùn las Doctrinas conque ſe ha fundado; pues aunque huviera alguna duda, eſta no pudiera embaraçar, por lo que dixo Vlpiano, *in leg. cum hic, §. Pænitentiam, ff. de donat. int. vir, & vxor: quod ſi in obſcuro ſit, proclivior eſſe debet iudex ad comprobandam donationem.* Y aſsi lo eſpera Don Joſeph. S. I. O. T. S. D. C.

Lic. D. Manuel Salvador, Sevilla y Gongora.